

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO

FRANCISCO NORIVAL MOSIMANN

**A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA EM FACE DA
SUBCAPITALIZAÇÃO SOCIETÁRIA**

FLORIANÓPOLIS

2018

FRANCISCO NORIVAL MOSIMANN

**A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA EM FACE DA
SUBCAPITALIZAÇÃO SOCIETÁRIA**

Monografia submetida ao Curso de Graduação em
Direito da Universidade Federal de Santa Catarina,
como requisito para a obtenção do título de Bacharel
em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Orlando Celso da Silva Neto

FLORIANÓPOLIS

2018



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): FRANCISCO NORIVAL MOSIMANN

RG: 5840694

CPF: 099.747.319-33

Matrícula: 14100210

Título do TCC: A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA EM FACE DA

Orientador(a): ORLANDO CELSO DA SILVA NETO SUBCAPITALIZAÇÃO SOCIETÁRIA

Eu, Francisco N. Mosimann, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis,


FRANCISCO NORIVAL MOSIMANN

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “Desconsideração da personalidade jurídica em face da subcapitalização societária”, elaborado pelo(a) acadêmico(a) “Francisco Norival Mosimann”, defendido em 05/12/2018 e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 9,5 (Nove e Meio), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 05 de Dezembro de 2018

Prof. Dr. Orlando da Silva Neto
Professor Orientador

Filipi Senhorinha Rose
Membro de Banca

Ivan Pereira Remor
Membro de Banca

Liberdades não são somente a finalidade primária do desenvolvimento, são também seus principais meios.

Amartya Sen

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador prof. **Orlando Celso da Silva Neto**, pela excelência na pesquisa e no ensino, instigando seus alunos a pensar e refletir sobre a realidade de forma diversa a que estão acostumados.

Aos meus pais **Gláucio e Eliana** que me ensinaram o valor da vida, e os valores necessários para uma existência ética, com amor e compreensão. Muito obrigado por ter priorizado a educação e bem estar de seu filhos, nunca seremos capazes de reconhecer inteiramente todos os sacrifícios que fizeram por nós. De meu falecido pai tenho as melhores lembranças, tento me espelhar em todos seus ensinamentos explícitos e implícitos, na sua perseverança e vontade de viver; penso em você todos os meus dias. Agradeço à minha mãe por ser essa mulher forte e guerreira que de seu jeito forte soube educar e amar. Tudo que sou e conquistei devo a vocês.

Ao meu irmão **Gláucio Jr.** por ter sido o meu maior exemplo desde que me entendo por gente; agradeço também por ter me feito cobaia de suas experiências sócio-psicológicas sobre reforço negativo na capacidade de aprendizado. Você sempre será uma referência de ser humano para mim. Também sou muito grato pela presença de sua esposa **Fernanda** nas nossas vidas; e certamente, sou muito grato pelo meu primeiro sobrinho **Bento**, a quem já amo e quero ensinar tudo que sei.

À minha irmã **Bruna** por ter sido a minha maior companheira desde que eu era pequeno. Me ensinou parte da pouca responsabilidade que hoje tenho e sempre me ajudou a pensar melhor. Não consigo imaginar minha vida e meu desenvolvimento sem você. Gratidão ao **Shizuma**, seu esposo, por fazer parte dessa história; E eterna gratidão ao meu sobrinho **Pedro** por ter vindo ao mundo, para que eu pudesse amá-lo e segurá-lo em meus braços.

À minha namorada **Elisa**, a quem não consigo expressar o quanto sou grato. Você me ensinou a amar e foi minha companheira mais próxima nos momentos bons e nos momentos difíceis. Você é meu porto seguro, minha companheira, meu amor. Não posso deixar de agradecer aos seus pais, que me acolheram em suas casas de forma carinhosa e sincera.

À minha tia **Marli** que me inspirou no caminho que vou seguir; sempre se preocupou comigo e sempre me mostrou a importância do estudo.

Agradeço ao Basquete e aos amigos que ele me trouxe, por me mostrar que a vida é muito mais leve do que parece e que eu posso muito mais do que imagino. Sou grato por ter feito parte do Direito da UFSC e ter vencido os jogos jurídicos; mais grato ainda de ter vivido a experiência de um time, que na verdade mais era uma família, com o pessoal do CFTB. Grato, especialmente, pelos meus técnicos **Humberto** e **André** que me ensinaram a entender, jogar e amar o jogo; sempre mencionando as prioridades que deveríamos ter.

Aos meus colegas de classe, especialmente aos mais próximos. Sem vocês a faculdade não faria sentido, não teria cor. Grato à minha colega de EMAJ, **Carla**, por ter feito parte do meu desenvolvimento enquanto alguém que pensa, seja sobre o Direito ou sobre o mundo.

Aos professores do curso que se dedicam diariamente a ensinar jovens atordoados de dúvidas, problemas e insegurança. Uma menção especial ao prof. **Eduardo Mello** por ter nos dado um *choque de realidade* e ter passado lições que não irei esquecer.

Por fim, gostaria de agradecer a todos aqueles que de alguma forma deixaram parte de sua experiência em minha vida. Nós não somos nada sem os outros e toda experiência que vivemos compõe o ser que somos hoje e o ser que seremos amanhã. Abracemos, portanto, a fatalidade da existência e sigamos o mantra de tornar-nos o que somos.

RESUMO

Partindo dos conceitos básicos do direito societário, tais quais: personalidade jurídica, princípio da autonomia patrimonial e limitação da responsabilidade; o trabalho buscará abordar a desconsideração da personalidade jurídica nos casos em que se configure subcapitalização societária. Para isso irá abordar a chamada doutrina da desconsideração da personalidade jurídica, trazendo sua trajetória histórica e identificando o que se acostumou a chamar de teoria maior e teoria menor da personalidade jurídica. Por fim, a partir da conceituação de capital social, abordará o tema da subcapitalização e suas possíveis consequências; terminando por investigar a possibilidade de aplicar a desconsideração da personalidade jurídica nos casos em que se configure a subcapitalização societária.

ABSTRACT

Starting from the basic concepts of corporate law, such as: legal personality, principle of autonomy and limitation of liability; the work will seek to address the disregard of the legal personality in cases where the corporate subcapitalization is defined. To do so, it will address the so-called doctrine of disregard of legal personality, bringing its historical trajectory and identifying what it has become accustomed to call a major theory and minor theory of legal personality. Finally, based on the conceptualization of social capital, it will address the topic of subcapitalization and its possible consequences; ending by investigating the possibility of applying the disregard of the legal personality in cases where the corporate subcapitalization is configured.

INTRODUÇÃO

Historicamente, as sociedades empresariais foram a principal formatação para práticas de comércio. A distinção entre o sócios e a entidade que esses formam é, portanto, muito relevante. Independentemente da discussão sobre a natureza da personalidade jurídica, sabe-se que ela cumpre funções; como distinguir-se dos seus sócios e ter direitos e obrigações próprios; em regra, limitar a responsabilidade dos sócios, possuindo um patrimônio próprio com centro de responsabilização; e, distinguir-se dos sujeitos de direitos despersonalizados, tendo autorização genérica para atos jurídicos.

Desta forma, a partir do princípio que indica que o patrimônio da sociedade é autônomo em relação ao patrimônio dos sócios (princípio da autonomia da patrimonial), institui-se como regra a limitação da responsabilidade dos sócios à tais sociedades. Essa é a principal função das sociedades e tal autonomia patrimonial é historicamente um vetor de desenvolvimento econômico-social, devido ao maior estímulo à atividade empreendedora, que é geradora de riqueza e bem-estar social.

No entanto, por vezes a limitação da responsabilidade é utilizada como uma forma de fraudar credores ou enriquecer às custas do patrimônio próprio da sociedade. Nesses casos considera-se um uso abusivo da sociedade, em que é possível desconsiderar-se incidentalmente a personalidade jurídica, afastando a limitação da responsabilidade e atingindo diretamente o patrimônio dos sócios para reparar os danos do abuso praticado no caso concreto. Doutrinariamente conhecido como *desconsideração da personalidade jurídica*, tal hipótese foi positivada no artigo 50 do Código Civil brasileiro; o abuso é configurado concretamente pelo artigo nos casos de confusão patrimonial e desvio da finalidade. Ainda que por outros fundamentos, tal hipótese também foi positivada nos microssistemas de defesa do consumidor, tributário, dentre outros.

Dentro dessa perspectiva, a pesquisa deste trabalho é relativa à possibilidade da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica nos casos em que as sociedades empresariais encontram-se em situação de subcapitalização. Tal hipótese não está expressamente prevista na legislação pátria e não possui

consenso acadêmico ou jurisprudencial; a bem da verdade, é tema pouco discutido no Direito brasileiro.

Para isso, o presente trabalho buscará apresentar os conceitos básicos do direito societário, tais quais: personalidade jurídica, princípio da autonomia patrimonial e limitação da responsabilidade. Depois abordará a chamada doutrina da desconsideração da personalidade jurídica, trazendo sua trajetória histórica e identificando o que se acostumou a chamar de teoria maior e teoria menor da personalidade jurídica. Por fim, a partir da conceituação de capital social, abordará o tema da subcapitalização e suas possíveis consequências; terminando por investigar a possibilidade de aplicar a desconsideração da personalidade jurídica nos casos em que se configure a subcapitalização societária.

No primeiro capítulo trataremos dos conceitos base, traçando a trajetória desde a personalização das sociedades empresariais até a doutrina da desconsideração da personalidade jurídica. A motivação principal é compreender quais os fundamentos da limitação da responsabilidade nas sociedades e como a desconsideração aparece no momento em que tais fundamento são subvertidos para uso diverso da finalidade da sociedade empresária. Apresentaremos primeiro a discussão acerca da personalização e seus efeitos; depois trataremos da relação entre o princípio da autonomia patrimonial e a limitação da responsabilidade; assinalando brevemente a importância desses elementos para o desenvolvimento econômico e social. Em seguida trataremos da desconsideração da personalidade jurídica, trazendo um breve histórico e a separando em dois tipos, que se convencionou a chamar de teoria maior e teoria menor da responsabilidade jurídica.

O segundo capítulo tratará do problema da subcapitalização nas sociedade empresariais. Iniciaremos com uma discussão acerca do capital social, discutindo suas funções, características e determinadas particularidades. Em seguida buscaremos conceituar a subcapitalização, utilizando a distinção de subcapitalização nominal e material como norte. Traremos algumas visões sobre o tema de autores brasileiros, enfatizando a falta de grandes trabalhos acerca do objeto. Por último, toda a legislação relativa ao tema, encontrada por nós, será listada e debatida brevemente.

Por fim, o terceiro capítulo tem como foco a discussão central do projeto; discutiremos sobre as possíveis consequências da subcapitalização em seu tipo nominal e material. A partir das consequências averiguaremos a possibilidade de desconsiderar a personalidade jurídica com fundamento na subcapitalização societária e de que forma o tema é tratado — ou não — nas decisões judiciais no Brasil.

1. DA PERSONALIZAÇÃO DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA À DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

1.1 A Personalidade Jurídica

A dotação de personalidade jurídica das sociedades empresariais é o meio pelo qual o ordenamento cria uma diferenciação formal entre os sócios enquanto pessoas físicas e uma entidade formada por eles, que ganha personalidade própria. Por conta dessa diferenciação que a sociedade “transforma-se em novo ser, estranho à individualidade das pessoas que participam de sua constituição” (REQUIÃO, 2011, p. 443). Conforme dito por outro emérito doutrinador: “as sociedades empresárias são sempre personalizadas, ou seja, são pessoas distintas dos sócios, titularizam seus próprios direitos e obrigações” (COELHO, 2010, p. 7).

Diversos autores trazem a discussão sobre a natureza dessa personalidade jurídica criada a partir das sociedades empresariais. Sobressaem, fundamentalmente, duas vertentes: a) pré-normativista (orgânica), em que os autores sustentam a existência de um sujeito ontologicamente identificável mesmo antes da caracterização jurídica, que atua autonomamente no mundo do direito; b) normativista (ficção): sustentam que a personalidade jurídica é fruto da criação normativa (COELHO, 2010, p. 7-9).

Kelsen e Ascarelli contribuem para a sedimentação da teoria normativista, buscando apontar a pessoa jurídica como uma “síntese de um conjunto de disposições legais, o resumo de uma disciplina” (COELHO, 2010, p. 8). Para o autor citado, a questão de uma realidade ontológica é irrelevante, por se tratar de disputas relativas a distribuição de bens entre indivíduos: “A natureza das pessoas jurídicas, assim, é a de uma *ideia*, cujo sentido é **partilhado pelos membros da comunidade jurídica**, que a utilizam na composição de interesses”, que “auxilia a composição de interesses ou a solução de conflitos” (COELHO, 2010, p. 9, grifo meu).

Em contraponto, o autor Rubens Requião não acredita que a questão da natureza da pessoa jurídica tenha tanta relevância a ponto de gerar tantas discussões, sendo a questão prática, ou seja, as consequências decorrente de sua

existência, mais importante (REQUIÃO, 2011, p. 443-445). Também não acreditamos que a discussão relativa à natureza tenha tamanha relevância para este trabalho, portanto, apenas a mencionaremos de forma breve. No entanto, cabe dizer que a partir da realidade do ordenamento jurídico brasileiro, parece mais adequada a teoria normativista, pois a regulamentação da pessoa jurídica está mais relacionada ao critério político do que à realidade fática das sociedades.

Outro ponto, com maior relevância, é o fato de que no Brasil, diferente de outras legislações, o conceito de personalidade jurídica estar apartado da ideia de limitação da responsabilidade dos sócios. Em nosso ordenamento existem “sociedades personalizadas em que sócios respondem ilimitadamente pelas obrigações sociais (p. ex., a sociedade empresária em nome coletivo), assim como há uma hipótese de articulação de esforços despessoalizada, em que os participantes podem responder dentro de um limite” (COELHO, 2010, p.7).

Brevemente, falaremos sobre as implicações jurídicas da personalização. Devemos, inicialmente, diferenciar o sujeito de direito da pessoa física e jurídica. O conceito de sujeito de direito abrange além das pessoas físicas e jurídicas, entidades despessoalizadas; como exemplo, cita-se “o espólio, a massa falida, o condomínio horizontal, o nascituro” (COELHO, 2010. p.9).

Portanto, os sujeitos de direito podem ser, inicialmente, distinguidos em dois grupos: de um lado, a pessoa física e o nascituro; de outro, a pessoa jurídica e as demais entidades despessoalizadas (inclui espólio). Essa distinção é essencial pois enquanto os entes personalizados possuem autorização genérica para a prática de atos jurídicos; as entidades despessoalizadas não possuem essa autorização genérica, devendo ser autorizadas sempre especificamente (não bastando a ausência de proibição). Em outras palavras: “o sujeito de direito personalizado tem aptidão para a prática de qualquer ato, exceto o expressamente proibido. Já o despessoalizado somente pode praticar ato essencial ao cumprimento de sua função ou o expressamente autorizado” (COELHO, 2010, p. 11).

Recapitulando o que foi dito até agora no tocante às sociedades empresariais personalizadas: a) são sujeitos distintos dos seus sócios — ou seja, possuem direitos e obrigações próprios —; b) assume-se que sejam uma ficção jurídica; c) em regra agregarão a limitação da responsabilidade, mas no Brasil há exceções significativas;

d) distinguem-se dos sujeitos de direito despersonalizados, sendo a principal diferença a autorização genérica para atos jurídicos.

1.2 Efeitos da personalização: a responsabilidade patrimonial.

Conforme descrito no último ponto, a personalidade adquirida pela sociedade empresarial impõe uma distinção entre direitos e obrigações, tendo a pessoa jurídica autonomia em relação aos sócios nesse sentido. Disso decorrem alguns efeitos; a doutrina dá ênfase à três deles: “a titularidade obrigacional, a titularidade processual e a responsabilidade patrimonial” (COELHO, 2010, p. 14). A titularidade obrigacional e processual são meros decorrentes dos direitos e obrigações próprios à pessoa jurídica; este trabalho irá focar na questão da responsabilidade patrimonial, por possuir maior relevância ao objeto estudado.

No tocante a responsabilidade patrimonial, é essencial a noção de que “da personalização da sociedade empresária segue-se a separação dos patrimônios desta e de seus sócios” (COELHO, 2010, p. 15). A sociedade, então, tem seu patrimônio próprio, apartado dos patrimônios dos sócios, de forma que esse responderá primordialmente pelas questões que envolvem a sociedade — isso é, será, no mínimo, a primeira fonte para o cumprimento de obrigações contraídas no decorrer da atividade empresarial. Os sócios terão em seus patrimônios as quotas ou ações da sociedade, no entanto, estas não se confundem com os bens de titularidade da sociedade. Os bens, portanto, são “inconfundíveis e incomunicáveis”, inclusive a confusão patrimonial tendo sido considerada como caso de abuso da personalidade jurídica pelo ordenamento pátrio¹.

Muitos autores enfatizaram a importância da responsabilidade patrimonial própria da pessoa jurídica para o desenvolvimento econômico-social. Ao criar um patrimônio próprio e, na maioria dos casos, responsabilidade limitada, abre-se

¹ Conforme nos debruçaremos no decorrer do trabalho, é um dos casos específicos da incidência da teoria maior da desconconsideração da personalidade jurídica, consagrada no art. 50 do Código Civil de 2002, que possui a seguinte redação: Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

espaço para inovação e para a possibilidade de reunir maiores valores em determinada atividade, sem que se somassem os riscos aos seus organizadores. Por esses motivos, passou-se a se reconhecer o princípio da autonomia patrimonial, dando à pessoa jurídica responsabilidade patrimonial própria, conforme explica a autora de artigo dedicado ao assunto:

A exigência, para reunir grandes volumes de recursos era separar riscos, seja para pulverizar os gerados no exercício de atividade econômica quanto para não somar estes aos inerentes a atividades não-econômicas exercidas por seus organizadores. Essa exigência que levou à separação patrimonial e à criação de um patrimônio autônomo, o da sociedade, resultou do reconhecimento pelo Estado de serem as sociedades pessoas jurídicas (SZTAJN, 2005, p. 66).

A organização da sociedade empresária, respeitada a separação patrimonial, é vetor de riquezas e bem estar social. Diminuindo os custos de transação — ou seja, a diminuição do custo da negociação e garantia de contratos —, o mercado passa a investir mais e, conseqüentemente, ser mais produtivo. Principalmente em iniciativas mais inovadoras e com maior risco, o advento da separação patrimonial e limitação da responsabilidade funciona como um incentivo ao investimento; como diz a autora já citada: “a fragmentação do risco serve como incentivo para investidores que se mostrem propensos a participar desses investimentos” (SZTAJN, 2005, p. 71). Importante lembrar que em alguns casos, a autonomia patrimonial será imperfeita ou incompleta, vezes que não haverá plena limitação da responsabilidade, o que transfere, secundariamente, os riscos aos sócios, de maneira completa ou parcial (SZTAJN, 2005, p. 70-73).

Importante ressaltar a função da limitação da responsabilidade para atração de capital e análise de risco, conforme comentário do seguinte trecho: “surge também o sistema de limitação da responsabilidade do sócio como privilégio juridicamente construído para atrair capitais para a sociedade e para atribuir previsibilidade aos riscos do investimento feito pelo sócio” (DINIZ, 2012, p. 181).

Conclui-se que a personalização e seus efeitos são essenciais para o desenvolvimento socioeconômico da comunidade. Discutiremos ainda a questão da limitação da responsabilidade, em que ficará mais marcada a importância desses institutos no desenvolvimento do sistema empresarial e de mercado. Resumindo, a

personalização tem como efeito a responsabilidade patrimonial, que cria um patrimônio autônomo da pessoa jurídica em relação aos seus sócios — respeitando o princípio da autonomia patrimonial —, o que cria as bases fundamentais para a limitação da responsabilidade dos sócios e estimula a atividade empresarial ao pulverizar os riscos e diminuir os custos de transação.

1.3 Autonomia patrimonial como agente de desenvolvimento

O princípio da autonomia patrimonial é o instrumento de gestão de riscos e custos no Direito Empresarial. Como vimos anteriormente, busca-se incentivar a atividade empreendedora protegendo os sócios de um desgaste no patrimônio individual no caso de fracasso da atividade. Faz-se isso estabelecendo um capital próprio à sociedade, o que faz deslocar o centro de imputação da responsabilidade dos sócios para o patrimônio desse novo ente dotado de personalidade jurídica. Como se percebe, trata-se de distribuir o risco da atividade para terceiros, que em caso de insolvência da sociedade empresarial terão que arcar com determinados custos. Tal princípio foi efetivado porque tal distribuição de risco diminui os possíveis custos e leva as pessoas a terem menos receio em investir em uma atividade empresarial. Evidente que a atividade empresarial é o meio pelo qual se atinge o desenvolvimento econômico e social, portanto, tal distribuição de riscos é justificada devido ao grande ganho proveniente de tal atividade. Por isso, fala-se em função social da empresa (SZTAJN, 2005, p. 63-66).

A função social da empresa não pode ser entendida como o fim da autonomia dos sócios perante a sociedade, mas tão somente como uma espécie de adequação entre a atividade empresarial e seus princípios fundantes, entre eles a autonomia patrimonial. Ou seja, pode-se dizer que a função social da empresa não foi atingida quando os próprios princípios fundantes não estão presentes. No caso da autonomia patrimonial, se verifica que quando o princípio é apenas um subterfúgio para frustrar credores e não fazer cumprir contratos, é considerado desvirtuado o princípio e, portanto, não há o cumprimento da função social da empresa.

1.4 Limitação da responsabilidade nas sociedades empresariais

Conforme já abordado no último ponto, a limitação da responsabilidade dos sócios é consequência do princípio da autonomia patrimonial. Ou seja, para incentivar a liberdade do exercício da atividade empreendedora, além de separar o patrimônio do novo ente personalizado, este patrimônio se torna o limite para o cumprimento das obrigações contraídas pela pessoa jurídica. Apesar de ser uma relação lógica, não é necessária, pois no ordenamento jurídico brasileiro existem casos de pessoas jurídicas que não têm sua responsabilidade limitada ao seu patrimônio (ex. a sociedade empresária em nome coletivo). A regra, portanto, é de pleno respeito da autonomia patrimonial, com a limitação da responsabilidade, nos casos de sociedades empresariais personalizadas; porém, o ordenamento pátrio comporta exceções.

Importante ressaltar que o princípio da autonomia patrimonial encontra seu fundamento nessa finalidade antes exposta, qual seja, a função social que se encontra nas sociedades empresariais. A limitação da responsabilidade deve servir aos empreendedores e investidores como uma forma de garantia, liberdade para inovação e diminuição de custos de transação. No entanto, percebe-se que podem existir práticas que abusam dessa condição para se aproveitar e fazer uma utilização inapropriada da pessoa jurídica, de forma a frustrar a finalidade pela qual se instituiu a limitação da responsabilidade. Portanto, permanecerá limitada a responsabilidade ao patrimônio da empresa enquanto respeitada a finalidade que fundamenta o princípio da autonomia patrimonial, o que importa em uma utilização não abusiva ou fraudulenta da pessoa jurídica (COELHO, 2010, p. 39-41).

No tópico específico sobre a desconsideração da personalidade jurídica iremos tratar com mais detalhes os casos em que não se observa o respeito à finalidade da personalização e se retira o “véu” da limitação para atingir o patrimônio dos sócios. Nunca é demais ressaltar que o respeito à autonomia patrimonial é a regra nas sociedades empresariais, visto que base fundante do exercício da atividade empresarial societária. Deve-se ter apego à manutenção da limitação da responsabilidade, para que se mantenham os benefícios sociais relacionados à ela.

Por isso urge estudar cautelosamente as aplicações pontuais da teoria que sobrepõe a responsabilização dos sócios ao princípio da autonomia, sendo necessário demonstrar claramente o abuso da pessoa jurídica. Destacado tais pontos na seguinte citação:

A desconsideração deve ter necessariamente natureza excepcional, episódica, e não pode servir ao questionamento da subjetividade própria da sociedade. Esse é o sentido da ressalva de Serick em seu primeiro princípio e do segundo, em que insiste no descabimento da desconsideração quando não caracterizada especificamente a fraude na manipulação da forma da pessoa jurídica. Quer dizer, não se justifica o afastamento da autonomia da pessoa jurídica apenas porque um seu credor não pôde satisfazer o crédito que titulariza. É indispensável que tenha havido indevida utilização, a deturpação do instituto (COELHO, 2010, p. 41).

1.5 Fundamentos da desconsideração da personalidade jurídica

1.5.1 Origens do instituto

Inicialmente, é relevante traçar um breve histórico para entender a origem da teoria. Em um primeiro momento, os juristas foram os primeiros a se encontrar com um problema de ordem prática: a pessoa jurídica sendo utilizada com finalidade diversa daquela prevista pelos legisladores.

O primeiro case que ganhou relevância histórica ocorreu no ano de 1908, nos Estados Unidos. O caso se tratava de uma questão de jurisdição. O Juiz Marshall ao julgar o caso constatou que a jurisdição da corte federal não caberia senão à controvérsias entre cidadãos de diferentes estados; Marshall para manter a jurisdição perante o caso contra a *corporation* desconsiderou a personalidade jurídica para tratar o caso como uma questão contra os sócios individualmente considerados (KOURY, 1997, p. 64). Esse precedente não é tão relevante para o nosso objeto de estudo, mas é um marco temporal do início da discussão sobre tal possibilidade.

Muito mais relevante se mostra o caso inglês *Salomon v. Salomon & Co.* Datado de 1897, na Grã Bretanha, tratou-se de um caso em que o comerciante Aaron Salomon constituiu uma empresa em conjunto com outros seis familiares, que eram detentores de cotas mínimas, irrelevantes. Quando a sociedade se mostrou

insolvente, os credores argumentaram que a empresa era na verdade a atividade do Salomon enquanto pessoa física, tendo este se utilizado da sociedade apenas para se utilizar da limitação da responsabilidade e não responder com seu patrimônio próprio. O juízo de primeira instância então, desconsiderou a personalidade jurídica para atingir o patrimônio de Solomon; decisão que foi confirmada pela Corte. No entanto, a *House of Lords* reformou o entendimento, entendendo que a sociedade cumpria os requisitos formais e que isso era suficiente. Apesar da reforma, mais do que nunca passou-se a discutir a teoria da desconsideração da personalidade jurídica e os problemas que o desvio de finalidade da pessoa jurídica poderiam causar.²

A partir do século XIX surgiram diversos estudos sobre o tema. Enfatiza-se que inicialmente a teoria se desenvolveu em países de *common law*, em razão do constante enfrentamento que os juristas tinham com os problemas práticos do abuso da personalidade jurídica. Cita-se, apenas para conhecimento, as obras mais relevantes: *Piercing the veil of corporate entity*, de Maurice Wormser, uma das primeiras obras no assunto; *Rechtsform und Realitat jurisdicher Personanen*, de Rolf Serick, que fez uma das primeiras sistematizações da teoria; e *Il Superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella "common law" e nella "civil" law* de Piero Verrucoli, que fez um apanhado geral sobre o que havia sido produzido pela doutrina e jurisprudência no tema (COELHO, 2010; REQUIÃO, 2011; KOURY, 1997).

Como relatado neste breve apanhado histórico da origem da teoria, é a partir dos problemas práticos que se começa a questionar o limite da limitação da responsabilidade. É contra esse problema que a teorização começa a se desenvolver e ganhar corpo.

No Brasil, os estudos de Rubens Requião são considerados marco teórico da defesa da aplicação da teoria no país. Em seu artigo³ *Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica*, de 1969, o autor apresenta a teoria como

² Estes precedentes são mencionados em diversos livros de doutrina e em monografias sobre o tema. Cita-se como referência REQUIÃO, 2011; KOURY, 1997 e a própria decisão da *House of Lords*, disponível em: <http://corporations.ca/assets/Salomon%20v%20Salomon.pdf>. Acesso em 15 de fev de 2018.

³ O artigo é fruto de uma Conferência que o autor proferiu na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

um modo de resolver o problema ético causado pelo abuso da personalidade jurídica para além das formalidades da técnica que se apegava à separação subjetiva entre sociedade e seus sócios (COELHO, 2010, p. 38-39). Também defendia, na época, a sua aplicação plena no direito brasileiro independente de previsão legal⁴, julgando adequada a teoria ao ordenamento pátrio. O autor expõe sua posição com a seguinte provocação:

[...] é justo perguntar se o juiz, deparando-se com tais problemas, deve fechar os olhos ante o fato de que a pessoa jurídica é utilizada para fins contrários ao direito, ou se em semelhante hipótese deve prescindir da posição formal da personalidade jurídica e equiparar o sócio e a sociedade para evitar manobras fraudulentas [...] Ora, diante do abuso de direito e da fraude no uso da personalidade jurídica, o juiz brasileiro tem o direito de indagar, em seu livre convencimento, se há de consagrar a fraude ou o abuso de direito, ou se deva desprezar a personalidade jurídica, para, penetrando em seu âmago, alcançar as pessoas e bens que dentro dela se escondem para fins ilícitos ou abusivos (REQUIÃO, 1969, p. 14).

1.5.2 Teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica

A teoria então parte da possibilidade de utilização da personalidade jurídica para fins diversos do previsto no momento da sua instituição. Como vimos no tópico anterior, a personalidade jurídica — e seu efeito de limitação da responsabilidade — tem seu fundamento na abertura para liberdade de empreender, incentivo ao investimento e diminuição dos custos de transação. Quando há o uso abusivo da personalidade jurídica, os fundamentos são subvertidos, de forma que não se justifica a sua manutenção. Portanto, é necessário dizer que não se trata de deixar de lado a autonomia patrimonial, mas sim observar os casos em que esta é óbice a finalidade que ela mesma procura. Em outras palavras:

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica não é uma teoria contrária à personalização das sociedades empresárias e à sua autonomia em relação aos sócios. Ao contrário, seu objetivo é preservar o instituto, coibindo práticas fraudulentas e abusivas que dele se utilizam (COELHO, 2010, p. 40).

⁴ Como será visto em momento posterior, em 1969, data do artigo, a teoria ainda não havia sido explicitamente positivada no ordenamento brasileiro.

No Código Civil brasileiro de 2002, a desconsideração da personalidade jurídica é prevista em seu artigo 50 – que ficou conhecida como teoria maior da desconsideração. É possível notar que na previsão se encontram os conceitos de abuso enquanto gênero e desvio de finalidade e confusão patrimonial enquanto espécies, conforme texto legal:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo **desvio de finalidade**, ou pela **confusão patrimonial**, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Identifica-se o desvio de finalidade a partir do objeto social da pessoa jurídica. Quando há a prática de atos incompatíveis com a finalidade econômico-social estabelecida, considera-se caracterizado o desvio de finalidade. Nesses casos, a personalidade jurídica serve como um verdadeiro véu para encobrir fraudes perpetradas no exercício de empresa.

A confusão patrimonial se relaciona com a forma em que é disposto o patrimônio da pessoa jurídica. Dita como “confusão de esferas”, se caracteriza na indistinção entre patrimônio da pessoa jurídica e de seus sócios, de modo que se mistura os patrimônios de forma indistinguível. Como se observa, é um caso flagrante de deturpação da autonomia patrimonial da sociedade, o que acaba por desnaturalizar-la; e, portanto, afasta-se incidentalmente a regra de limitação da responsabilidade para atingir o patrimônio dos sócios (DINIZ, 2012, p. 140-141). É fácil visualizar o sentido prático desta regra; afinal, se não há maneira de distinguir qual é o patrimônio da sociedade, seria problemático limitar as cobranças à porção disponível pela pessoa jurídica, pois poderia-se utilizar disso como um modo de frustrar obrigações da sociedade.

É essencial assinalar que a desconsideração é estritamente incidental, sem importar em uma anulação ou dissolução da personalidade jurídica da sociedade empresarial. Trata-se de uma desconsideração pontual para dentro do conjunto de atos praticados de forma abusiva, considerando os sócios individualmente compreendidos, com a possibilidade de responsabilizá-los pelos atos em questão. Também deve ficar claro que não se trata de uma punição de mera má

administração ou insolvência, pois tais situações por si só não descaracterizam a finalidade da instituição da personalidade.

1.5.3 Teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica

Já aquela que é conhecida como teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica é melhor caracterizada pelo artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor, de 1990:

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

[...]

§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

O artigo que menciona expressamente a teoria, traz uma gama maior de previsões, que ganham ainda mais corpo em seu parágrafo quinto. Este parágrafo engloba praticamente todas os casos possíveis, de forma que sempre que houver um consumidor lesado poderá ser aplicada a teoria. Muitos doutrinadores indicaram a teoria menor como uma deturpação da própria teoria, por não se alinhar com o seu fundamento (PINTO, 2005; SALAMA, 2014; PAZIM, 2016). “Teoria menor” era, inclusive, o termo utilizado muitas vezes para criticar a utilização da desconsideração como instrumento para fazer-se cumprir créditos em todo tipo de inadimplemento, como um modo errôneo de aplicação da teoria (COELHO, 2010, p. 49).

Ainda se menciona outras normas importantes que adotam a teoria no ordenamento pátrio, como a CLT em seus art. 2º, §2º; e o CTN em seus artigos 134 e 135.

Portanto, conforme vista neste breve percurso que vai da personalização e seus fundamentos até a desconsideração da personalidade jurídica, observa-se um fenômeno com raízes históricas e que se desenvolveu dentro da relação teoria-prática. Traçado um breve panorama do tema, passa-se a apresentar o problema da subcapitalização para depois discutir com maior profundidade alguns elementos da desconsideração da personalidade jurídica, e, por fim, buscar desenhar um panorama da relação entre os dois elementos.

2. O PROBLEMA DA SUBCAPITALIZAÇÃO

Neste capítulo será delineado o panorama da subcapitalização. Primeiramente, aborda-se a o capital social e sua relação com a autonomia patrimonial; depois buscará estabelecer parâmetros conceituais para os dois grandes modelos de subcapitalização, a saber, nominal e material; por fim, trará um olhar sobre como o conceito é compreendido dentro da realidade jurídica brasileira.

2.1. Capital Social

Como visto no capítulo anterior, o sistema jurídico-empresarial busca por meio do princípio da autonomia patrimonial uma limitação do risco ao empresário que inicia sua atividade. Em regra, isso é feito com a criação de uma pessoa jurídica a partir de determinado tipo societário, em que “transfere-se para um patrimônio autônomo (da personalidade jurídica criada) os riscos da empresa” (DINIZ, 2012, p. 62). Para tanto, se constitui um capital social a partir da contribuição dos sócios, em dinheiro ou bens (REQUIÃO, 2011, p. 462).

Corolário a isso, o capital social é também a quantia pela qual a sociedade arcará com sua atividade empresarial. Fará isso com quantia bastante, de forma que o valor estabelecido no contrato social seja compatível com a atividade proposta (HUBERT, 2007, p. 34). É a partir desse parâmetro que se pode falar em fundamento da autonomia privada, pois existe substância suficiente para se admitir a distribuição do risco da atividade (COELHO, 2016, p. 169). Ou seja, “por gozarem da autonomia patrimonial, ou seja, da rígida separação entre o seu patrimônio e aquele particular dos sócios, as sociedades empresárias contarão desde o início com um capital próprio” (HUBERT, 2007, p. 37).

Deve-se ter claro que em regra não há distinção entre o capital social estabelecido no contrato social e o patrimônio no momento de constituição da sociedade. Depois desse momento inicial, o patrimônio social varia de acordo com os resultados das atividades econômicas, enquanto o capital social permanece enquanto “montante fixo no contrato social (art. 977, III e 1.054 do CC) ou no estatuto averbado no registro de comércio (art. 5º e 166, §1º da LSA)” (DINIZ, 2012, p. 95).

Essa quantia fixa, funciona como uma espécie de limitação mínima ao patrimônio social, evitando a distribuição de lucros excessivos entre os sócios⁵ e garantindo previsibilidade aos credores⁶. A essa previsão abstrata se dá o nome de capital social nominal.

2.1.1. Funções

O capital social, portanto, seria ao mesmo tempo a cifra de referência com múltiplas **funções**: a) fundamentar a separação patrimonial, protegendo o patrimônio pessoal dos sócios; b) estabelecer um valor para o patrimônio da sociedade que seja suficiente para realização de sua atividade empresarial, dando maior segurança ao sistema de mercado; c) proteção de credores e maior possibilidade de mensuração de riscos. No entanto, existem casos em que desde o princípio não há coincidência entre o capital social e o patrimônio; ocorre quando os sócios não integralizam o capital; quando os bens utilizados para a formação do capital são supervalorizados; ou quando, no caso da S.A, a sociedade é “constituída com capital subscrito inferior ao que consta no estatuto da companhia” (DINIZ, 2012, p. 94).

⁵ “A flexibilidade do patrimônio determina que, se o seu valor líquido supera o capital social, há lucro; se o patrimônio líquido for inferior ao capital social, houve perdas que deverão ser mensuradas e informadas no balanço” (DINIZ, 2012, p. 95).

⁶ Imaginando o cenário em que os credores calculam seus riscos e, conseqüentemente, seus custos a partir da análise do capital social, não é preciso grandes divagações para perceber que se o capital social estiver acima do patrimônio da sociedade há maior vulnerabilidade do credor em relação ao que mensurava em seu cálculo de risco.

2.1.2. Características

Essas funções impõe ao capital social nominal determinadas **características**. A certeza, como modo de estabelecer de modo claro, expresso e suficiente a quantia determinada que representa o capital social. Essa característica também significa a correspondência dos valores dos bens *in natura* em relação aos estabelecidos no contrato; o que, caso não seja respeitado, é causa de responsabilidade solidária, conforme previsto no art. 1.055, §1º, do Código Civil e do art. 8º, §6º, da Lei 6504, que trata das sociedades por ações (DINIZ, 2012, p. 105-106).

A segunda característica é a publicidade. Esta é adquirida no momento em que a sociedade é registrada no órgão responsável (DINIZ, 2012, p. 109).

Relevante para o nosso trabalho a característica de determinação da cifra fixa. Em regra, a tendência do capital social nominal é quantia fixa; podendo variar apenas após preenchidos determinados critérios legais. Como mencionamos no tocante às funções, é importante essa característica como uma forma de proteção aos credores e para proteção da própria sociedade, evitando a repartição de lucros que descaracterizam totalmente o capital social (DINIZ, 2012, p. 109).

O que se relaciona com a última característica aqui trazida: intangibilidade. Importa em uma imposição de manutenção de um capital social íntegro pelos sócios. Busca-se aqui prevenir “manobras que beneficiem os sócios”, de forma que “seja agredido o capital social real, criando um vazio do patrimônio líquido incapaz de cobrir a cifra do capital social nominal” (DINIZ, 2012, p. 109). Concretizada no art. 1059, do Código Civil⁷, compreende-se que impõe-se que após constituída a sociedade não há a possibilidade dos sócios restituírem os bens envolvidos (DINIZ, 2012, págs. 110).

2.1.3. Subscrito, integralizado, mínimo e suficiente

⁷ Art. 1.059. Os sócios serão obrigados à reposição dos lucros e das quantias retiradas, a qualquer título, ainda que autorizados pelo contrato, quando tais lucros ou quantia se distribuírem com prejuízo do capital.

Cumpra distinguir brevemente o **capital social subscrito** do **capital social integralizado**. Subscrever aqui tem um sentido de confirmação, de aceite, ou seja, os sócios acordam em um valor específico que deve ser colocado por eles na sociedade para seu funcionamento adequado. A integralização importa em real entrega dos valores para o patrimônio da sociedade, que pode ser feita de uma vez ou postergada no tempo; e pode ser feita em dinheiro, bens ou crédito (COELHO, 2016, págs. 171-172).

A regra no Direito brasileiro é a não existência de **capital mínimo** para a constituição de sociedades, “tampouco prevê capital adequado para a realização do objeto social” (DINIZ, 2012, p. 116). As exceções tratam de atividades ou configurações societárias mais específicas; destaca-se a previsão de possibilidade da CVM⁸, exigir capital mínimo e fazer juízo de viabilidade de empreendimento nos regimes de Sociedades Abertas (Art. 19, §6º da Lei nº 6.385/76 e art. 82, §2º da LSA, respectivamente); e, mais explicitamente, a adoção do critério do patamar mínimo de 100 salários mínimos (art. 980-A, CC) no caso da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (regulada pela Lei nº 12.441/2011).

Tendência forte na academia e jurisprudência alemã a discussão sobre **capital suficiente**. Trata-se de uma maneira de impor uma maior racionalidade na questão do capital social. Faz-se isso por meio da

[...] formação de um quociente do balanço que faz proporção entre capitais próprios e capitais de terceiros empregados na atividade. Além disso, esses valores transferidos para o patrimônio autônomo deverão guardar correspondência com a atividade desempenhada, assegurando equilíbrio econômico-financeiro da empresa (DINIZ, 2012, p. 117).

A partir dessa ideia, seria necessária uma relação de suficiência entre o capital social e o objeto social; e sua inobservância acarretaria em responsabilidade ilimitada dos sócios. Isso porque, conforme já descrito, há uma relação forte entre o capital social e a autonomia patrimonial; não sendo respeitada a função do capital social acaba por se tornar em uma “situação de transferência de risco para os

⁸ Comissão de Valores Mobiliários: autarquia federal vinculada ao Ministério da Fazenda, tem como função disciplinar e fiscalizar o mercado de valores mobiliários.

credores ou verdadeira utilização da sociedade para socialização das perdas” (DINIZ, 2012, p. 117).

Discute-se sobre a pertinência de uma legislação que exigisse uma análise prévia de adequação do capital social. Parece difícil fazer uma avaliação prévia dos recursos necessários para a finalidade (chamado também de medida estatutária da finalidade) e, ainda, de difícil fiscalização. Porém, tal discussão sobre o capital suficiente é muito importante, pois apesar da incerteza sobre a medida estatutária da finalidade, esta “é prova do excesso de endividamento com capitais de terceiros, determinante da subcapitalização” (DINIZ, 2012, p. 121).

2.1.4. Capital próprio e de terceiros

Já mencionado os métodos de obtenção de recursos das sociedades, que basicamente se dividem em capitalização por capital próprio e o financiamento por capital de terceiros (COELHO, 2016, p. 169).

Nesse ponto, a questão central para o nosso trabalho é que apenas o capital próprio é “garantidor de risco da sociedade” (DINIZ, 2012, p. 123). Pois ele é garantia mais sólida aos credores e cumpre a função de absorver as perdas da sociedade; impondo maior estabilidade nas relações da atividade empresária (DINIZ, 2012, p. 123-124). Por outro lado, o caráter do capital de terceiro não traz tal segurança, porquanto se trata de crédito temporário, que não presta a dar solidez ao patrimônio da sociedade; conforme é explicado no seguinte trecho:

Como capital de terceiro ou capital de crédito podem ser compreendidos os valores provenientes de financiamento externo da atividade ou “obtidos de terceiros para aplicação no empreendimento”. Trata-se de montante transferido para a sociedade com tempo determinado, contra remuneração fixa e independente de perdas da atividade empresária. Com isso, capital próprio e capital de terceiros são determinados por regras de financiamento societário (DINIZ, 2012, p. 122).

2.1.5 – Desvirtuamento

Como se percebe, há um problema de fragilidade na constituição do capital social, principalmente na nossa legislação, que como visto, não possui, em regra, parâmetros. Ao mesmo tempo em que o capital social possui funções essenciais para o exercício de empresa, vê-se uma dificuldade no controle de sua regularidade. O desvirtuamento pode se dar por problema na integralização do capital social, no subdimensionamento de seu valor em relação à atividade empresária (como comentado na discussão sobre capital suficiente), ou pela desproporção entre o capital de terceiro e o capital próprio, o que acaba por transferir os riscos da atividade, próprios da atividade, para terceiros (DINIZ, 2012, p.105). Para uma sociedade ser segura para o mercado, deve ter capital social adequado à atividade empresarial e integralização do capital, de forma a ter patrimônio e meios próprios de sustento da atividade. Isso pois, para dar solidez ao sistema de limitação de responsabilidade a sociedade deve estar preparada para arcar com os riscos de sua própria atividade. Nos casos de insuficiência o aumento do risco impõe o aumento de outras garantias, conforme segue:

Quanto maiores o patrimônio e os meios próprios em relação à atividade, mais liquidez e solvabilidade tem a sociedade. A proporção inversa determina a instituição de garantias acessórias ao negócio, taxas de juros e multas compensatórias maiores ou o desestímulo à pactuação com a sociedade (DINIZ, 2012, p. 181).

No próximo ponto, abordaremos a questão da subcapitalização, em seus dois grandes grupos: nominal e material; relacionando com as questões abordadas, referentes ao capital social. Busca-se reforçar a importância da solidez do patrimônio social como fundamento à limitação da responsabilidade e refletir brevemente sobre as consequências da subcapitalização.

2.2 Subcapitalização nas sociedades empresariais

Conforme já estudado, a subcapitalização tal qual conhecemos trata-se de um aumento de risco em decorrência do excesso de financiamento em vista da relação com o patrimônio próprio e objeto social da atividade empresarial (DINIZ, 2012, p. 146).

No entanto, a forma de financiamento pode ser diferente, o que altera substancialmente a natureza da subcapitalização e seus efeitos. Para isso, separa-se o fenômeno em duas categorias: subcapitalização nominal e subcapitalização material; que serão abordadas nos próximos pontos.

2.2.1 Subcapitalização nominal

A subcapitalização nominal ocorre num caso particular de financiamento utilizado pelas sociedades empresariais. Nesse caso, os sócios fazem empréstimos à sociedade para viabilizar a atividade conforme o objeto social. A intenção é que tais ativos não sejam transpostos para o patrimônio real da sociedade, de forma que mesmo no caso de insucesso da atividade, os sócios possam “concorrer com demais credores sociais” (DINIZ, 2012, p. 161). Ocorre concretamente quando, em face do “endividamento excessivo com empréstimo dos sócios” passa-se a utilizar “do empréstimo para romper a intangibilidade do capital social”, com a finalidade de ter seu crédito satisfeitos de forma antecipada a partir do patrimônio da sociedade (DINIZ, 2012, p. 161-162).

Importante assinalar a questão de proteção e assunção de risco dos sócios. É sabido que a legislação societária com a criação da autonomia patrimonial dá proteção ao patrimônio dos sócios constituindo um patrimônio próprio para a personalidade jurídica (1.4). Por outro lado, a participação societária importa em assunção de riscos dentro do limite do que foi investido no patrimônio da personalidade jurídica. A capitalização nominal quando usada como forma de mútuo em que o empréstimo não adentra o patrimônio da empresa, acaba criando uma visão artificial sobre a relação de capital e objeto social, deslocando o risco para os demais credores sociais.

A partir desse problema passaram a discutir o fenômeno da subcapitalização e seus possíveis efeitos. Dois argumentos foram centrais na questão: a) na liquidação societária deve-se priorizar as obrigações exteriores — ou seja, não aquelas que envolvem os próprios sócios —, portanto, os credores só receberiam no

caso de quitação de todos os outros débitos da sociedade (WIEDEMANN, 1980, p. 147 *apud* DINIZ, 2012, p. 174); b) o sócio pode escolher não auxiliar a sociedade com problemas por meio da transferências de recursos, mas se fizer tal empréstimo deve ser requalificado, de forma a considerar como entrada de capital (PIC, 1913, p. 81-83 *apud* DINIZ, 2012, p. 169). A possível crítica aos argumentos apresentados é a limitação e desincentivo ao sócio em fazer empréstimos à empresa — pois como visto, trata-se de opção do sócio —, aumentando o custo de tal atividade.

No final deste capítulo discutiremos como o fenômeno é tratado na legislação brasileira. Cumpre ainda lembrar um caso paradigmático sobre o tema e abordar como o fenômeno foi tratado em outras jurisdições.

O caso Solomon foi tratado no ponto sobre origem da desconsideração da personalidade jurídica (1.3.1); este caso também é relevante para o estudo da subcapitalização nominal. Isso porque, no caso tratado, o sócio controlador Solomon constituiu sua sociedade com familiares que possuíam parte ínfima de ações; sua parte das ações “foram pagas com a transferência [...] do fundo de comércio de que ele era único proprietário a título individual”, cujo preço era maior que das próprias ações subscritas, ficando Solomon “como credor de debêntures da própria companhia constituída” (DINIZ, 2012, p. 162); tendo entrado em litígio no momento da liquidação da sociedade. Trata-se de caso evidente de subcapitalização material. Como sabemos, após decisões contrárias, a *House of Lords* decidiu a favor de Salomon, o que frustrou o pagamento dos demais credores sociais.

Outra referência no assunto é a forma de tratamento do fenômeno no Direito alemão. Inicialmente foi considerado que os empréstimos dos sócios “deviam ser tratados como capital próprio da sociedade” nos casos em que o capital da empresa estivesse defasado. Portanto, no caso de falência da sociedade não haveria direito ao pagamento desses valores ao sócio (DINIZ, 2012, p. 163-164). Tal regimento foi mudado em 2008, mudando a forma de tratamento da subcapitalização nominal; “agora os empréstimos de sócios passam a ser regidos como créditos subordinados na falência” (DINIZ, 2012, p. 166).

2.2.2 Subcapitalização material

Abordamos em capítulos passados as questões de capital social, patrimônio e autonomia patrimonial. Relevantes para tais pontos para tratar da subcapitalização material. Conforme comentado, é extremamente saudável para a sociedade empresarial que possua capital social suficiente e integralizado, para que não haja a desestabilização do “equilíbrio de mercado e a segurança de quem contrata com a sociedade” (DINIZ, 2012, p. 182). Importante, portanto, que a sociedade possua capital próprio adequado com seu objeto social. Não se trata, necessariamente de caso de subcapitalização legal⁹; inclusive, no Brasil, perante a inexistência, em regra, de fixação de capital mínimo¹⁰, não há que se falar em subcapitalização legal¹¹.

A subcapitalização material se verifica no caso em que a sociedade empresarial, insuficiente de capital próprio em relação a seu objeto social, passa a buscar financiamento de terceiros; acaba assim por ficar “sem meios suficientes de satisfazer os credores (a quem se transfere o risco empresarial)” (DINIZ, 2012, p. 184).

Portanto, extraem-se alguns elementos necessários para a constatação da subcapitalização material:

(a) tipo societário com limitação de responsabilidade; (b) inexistência de capitais próprios suficientes para financiamento das necessidades da atividade; (c) utilização de capitais de terceiros em desequilíbrio com os capitais próprios. Obtidos os elementos nucleares, conceitua-se a subcapitalização material como **desequilíbrio efetivo de capital próprio para financiamento da atividade da sociedade com limitação de responsabilidade, transferindo para os credores os riscos próprio dos sócios** (DINIZ, 2012, p. 182, grifos nossos).

É relevante assinalar novamente que o credor social se submete-se a determinados riscos naturais dos contratos empresariais. Sabe-se que em regra não

⁹ Ocorre nos casos em que a legislação prevê capital mínimo e tal previsão é desobedecida pela sociedade empresarial.

¹⁰ Salvo as exceções já mencionadas.

¹¹ Trata-se da regra geral do direito societário no Brasil. Não é objeto do trabalho a possibilidade desse fenômeno nos casos excepcionais, portanto, focaremos no caso da subcapitalização material para a regra geral, ou seja, sem a previsão de capital social mínimo.

há no Brasil legislação que determine capital mínimo ou capital suficiente (2.1.3) para as principais formas societárias. Portanto, o capital social é medida insuficiente para garantia total dos créditos, independente da existência ou não da subcapitalização. Como observamos, o capital social pode ou não ser integralizados pelos sócios e ainda que seja pode haver uma distinção entre o capital social integralizado e a capacidade patrimonial da sociedade empresária. O credor social deve ter consciência da fragilidade da previsão de capital social e se informar por outros meios sobre a capacidade patrimonial para ter maior segurança de contratos; a mera inadimplência por falta de patrimônio social não é causa de responsabilidade dos sócios, pois ainda abarcada pelo conceito de autonomia patrimonial e limitação da responsabilidade (COELHO, 2016, p. 37-40).

Em resumo:

[...] não se pode [...] responsabilizar sócios e administradores quanto à insuficiente capitalização na constituição da sociedade, porque o CC e a LSA não exigem valores mínimos no momento inicial — o que somente existe no ordenamento brasileiro em caráter excepcional. É risco integralmente transferido ao credor que negocia com empresa criada e que demonstra a insuficiência do capital social como medida de garantia de credores (DINIZ, 2012, p. 182-183).

No entanto, no caso da subcapitalização material há uma verdadeira subversão da autonomia patrimonial; isso porque, ao passo que a sociedade empresária tem uma desproporção entre o capital próprio e o capital de terceiro, o risco da atividade passa a recair excessivamente aos credores sociais. Como vimos no primeiro capítulo, a autonomia patrimonial se fundamenta como uma forma de proteção para que a sociedade em face de sua finalidade; os sócios transferem o patrimônio que julgam suficiente para fazer jus à atividade, de forma a criar um patrimônio próprio que sirva, ao mesmo tempo, como proteção do patrimônio pessoal dos sócios e como parâmetro mínimo de proteção aos credores (2.1.1).

Quando a sociedade empresária segue fazendo contratos desprovida de capital próprio, não está assumindo os riscos próprios da atividade, e, portanto, está distorcendo a finalidade da criação de um patrimônio autônomo e da alocação do centro de imputação de responsabilidade apartado dos sócios. É a partir disso que

se discute a possibilidade da desconsideração da personalidade jurídica nesses casos (DINIZ, 2012, p. 183-185) que será objeto do nosso terceiro capítulo.

Importante mencionar a possibilidade da subcapitalização material originária e superveniente. Basicamente, no tipo originário há uma inadequação entre o capital social e o objeto da atividade desde a constituição da sociedade; em decorrência disso, passa-se de imediato a buscar a viabilização da atividade por meio de capital de terceiros (HUBERT, 2007, p. 186). Já no tipo superveniente há o “aumento da dimensão da atividade ou um desequilíbrio financeiro” (DINIZ, 2012, p. 187) em que a previsão inicial do capital social não é mais adequada com a situação real da sociedade; dessa forma “a garantia indireta do capital social é irrisória e a garantia direta do patrimônio social líquido nem pode ser identificada numa situação volátil e irreal de suporte da atividade” (DINIZ, 2012, p. 187). Neste último caso, entra-se em uma seara mais complicada, pois não há um critério legal para estabelecer um ponto ótimo entre atividade e capital social; o que impõe a observância dos elementos no caso concreto (DINIZ, 2012, p. 188).

2.3 Panorama do conceito da subcapitalização na legislação e doutrina brasileira

2.3.1. A discussão acerca do conceito

A subcapitalização não é assunto recorrente na literatura empresarial brasileira. As poucas menções são comentários rápidos e superficiais, não tendo nenhum grande doutrinador dedicado uma monografia sobre o tema. Os dois maiores trabalhos que compilaram as discussões sobre o tema são trabalhos acadêmicos; uma dissertação defendida por Ivens Henrique Hubert defendida na PUC/SP em 2007, e a tese de doutoramento de Gustavo Saad Diniz defendida na USP também em 2007 — ambos os trabalhos são usados como principais fontes para o nosso estudo.

Cabe, no entanto, expor algum dos posicionamentos a respeito do tema. Fábio Ulhoa Coelho — comentando sobre a subcapitalização em sociedades

anônimas — argumenta que nos casos de subcapitalização material originária ou superveniente não há que se falar em responsabilidade dos sócios, “ainda que na hipótese de falência” (COELHO, 2016, p. 184). Já no caso de subcapitalização nominal, o autor questiona a legalidade de empréstimo feito pelos sócios enquanto mútuo; no entanto, conclui pela regularidade de empréstimos desse tipo por mútuo e emissão de debêntures, independente da sociedade se encontrar em evidente situação de subcapitalização (COELHO, 2016, p. 184-185). Por fim, cita a legislação falimentar que qualifica a posição de tal crédito do sócio como subquirografário, o que considera “um instrumento de desestímulo à subcapitalização” (COELHO, 2016, p. 185).

Já Calixto Salomão Filho relembra a falta de imposição de capital mínimo na legislação brasileira, e portanto para ser aplicada a desconsideração da personalidade jurídica a subcapitalização deve ser “extremamente evidente”; servindo tanto para a subcapitalização material quanto a subcapitalização nominal (SALOMÃO FILHO, 1995, p. 132-133 *apud* DINIZ, 2012, p. 186).

Penalva Santos, se modo semelhante, fala em capital “manifestamente insuficiente” em relação à atividade, obtendo um “grau de endividamento temerário”, ou seja, uma desproporção relevante entre a dimensão da atividade e o capital próprio (SANTOS, 2001, p. 74 *apud* DINIZ, 2012, p. 186).

2.3.2. Previsões legislativas

No ordenamento brasileiro há uma lacuna no tratamento do fenômeno da subcapitalização — na forma nominal e material — e nas consequências no tocante à responsabilidade patrimonial.

No caso de falência da sociedade empresária, prevê a lei n. 11.101/05, em seu art. 83, VIII, alínea “b”, que os créditos dos sócios seriam classificados como subordinados, estando atrás dos créditos quirografários na ordem de preferência.

Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem:

[...]

VI — créditos quirografários

[...]

VIII — créditos subordinados, a saber:

- a) os assim previstos em lei ou em contrato
- b) **os créditos dos sócios e dos administradores sem vínculo empregatícios** (grifo nosso).

Como se observa, no caso de falência de sociedade que se enquadra na subcapitalização nominal, existe regra explícita, e os sócios são colocados como mero créditos subordinados. A lei demonstra, com isso, certo desincentivo à subcapitalização nominal e a prioridade no pagamento de todos os credores antes do pagamento dos créditos proveniente do financiamento dos sócios.

O problema se dá nos casos em que a empresa não chega a falir, mas entra em processo de liquidação com subsistência da personalidade jurídica. Havia previsão no Código Comercial, em seu art. 349¹², que no entanto foi revogada. Sobre esse tema, citamos o trecho que trata da possível interpretação sistemática no caso em específico:

No atual estado do direito positivo, é preciso que se retire do sistema a regra aplicável à situação, considerando-se o pressuposto de Wiedemann de que na fase de liquidação da sociedade é preciso que primeiro sejam pagas as obrigações do mundo exterior, incluindo credores e trabalhadores e, posteriormente, as obrigações das conexões internas da sociedade com os sócios.

Assim sendo, em tema de sociedade limitada, o art. 1.059 do CC dispõe que “os sócios serão obrigados a reposição dos lucros e das quantias retiradas, a qualquer título, ainda que autorizados pelo contrato, quando tais lucros ou quantia se distribuírem com prejuízo do capital”. No processo de interpretação e aplicação do texto, será possível qualificar o pagamento de empréstimos como quantia retirada da sociedade. Por consequência, seria aplicável o art. 1.080 do CC, dispondo que “as deliberações infringentes do contrato ou da lei tornam ilimitada a responsabilidade dos que expressamente as aprovaram” (DINIZ, 2012, p. 174).

Como podemos perceber, tal posicionamento aponta, a partir de uma interpretação sistemática da legislação para a prioridade do pagamento dos demais credores sociais antes do cumprimento das obrigações com os próprios sócios da sociedade (DINIZ, 2012, p. 173-176). Posicionamento que será tratado no próximo capítulo.

¹² Art. 349. Nenhum sócio pode exigir que se lhe entregue o seu dividendo enquanto o passivo da sociedade se não achar todo pago, ou se tiver depositado quantia suficiente para o pagamento; mas poderá requerer o depósito das quantias que se forem apurando. Esta disposição não compreende aqueles sócios que tiverem feito empréstimo à sociedade os quais devem ser pagos quantias mutuadas pela mesma forma que os outros quaisquer credores.

Ainda em relação à legislação sobre o assunto, menciona-se o art. 50 do Código Civil, que foi tratado no tópico referente à desconsideração da personalidade jurídica [1.5], que será discutido no próximo capítulo, tratando sobre sua possível relação com a subcapitalização, tema central do trabalho.

Em relação ao direito consumerista, cita-se o art. 28 do CDC, que em seu §5º prevê a desconsideração da personalidade jurídica nos casos em que houver óbice ao ressarcimento do consumidor, conforme já comentado neste estudo [1.5.3].

Outras legislações também tem reflexos no tema, como na seara tributária e ambiental, no entanto a proposta do trabalho não é exaurir as relações da subcapitalização com a legislação específica da personalidade jurídica, mas sim tratar do conceito e as consequências gerais da subcapitalização.

3. SUBCAPITALIZAÇÃO COMO FUNDAMENTO PARA A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Neste capítulo iremos investigar a possibilidade da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica nos casos de subcapitalização. Comentaremos quais consequências possíveis da subcapitalização, tanto em sua modalidade nominal quanto material. As hipóteses aqui trazidas terão como base os fundamentos abordados nos capítulos anteriores, colocando o problema dentro do panorama geral dos princípios e legislação do direito empresarial. Seguindo a necessidade de equilíbrio entre os princípios do direito societário investigar-se-á quais as possíveis limitações à aplicação da doutrina da personalidade jurídica, lembrando a preponderância do princípio da autonomia patrimonial e limitação da responsabilidade. Por fim, será traçada uma visão geral em relação às principais decisões judiciais sobre o tema no Direito brasileiro.

3.1 A subcapitalização nominal e suas consequências

Conforme observamos, a subcapitalização nominal “ocorre por endividamento excessivo com empréstimo dos sócios e com a posterior utilização do empréstimo para romper a intangibilidade do capital social e tentar retirar, antes dos credores, o patrimônio da sociedade com necessidade de capital” (DINIZ, 2012, p. 161-162). Pode-se considerar regulada a situação no caso de falência, pois tal crédito foi classificado como subordinado, atrás dos créditos quirografários, conforme inteligência do art. 83 da Lei de Falência [2.2].

Também se observou que no caso em que a sociedade não chega à falência não mais há dispositivo legal que explicitamente disponha sobre a consequência da subcapitalização; vimos que existia disposição no Código Comercial, art. 349, que foi revogado (DINIZ, 2012, p. 172-173). Portanto, em vista da lacuna legislativa, é

discutido as consequências possíveis da subcapitalização neste caso. Por um lado fala-se de não responsabilidade por falta de previsão legal (COELHO, 2016, p. 184-185). Por outro busca-se a interpretação sistemática dos princípios e legislação sobre o assunto ([2.2.2] – DINIZ, 2012, p. 174). A sistemática dos princípios societários impõe a intangibilidade do capital social e, apesar de não haver norma explícita, a liquidação do débito de outros credores deve preceder o pagamento do crédito do sócio; podendo este escolher transferir recursos ou não sabendo do risco dessa atividade (DINIZ, 2012, p. 168-169). Tal argumento segue a lógica da previsão da lei de falência, que coloca a satisfação do crédito do sócio atrás da satisfação de todos os outros credores sociais [2.2.2].

No tocante à sociedade limitada, a partir de uma interpretação sistemática pode-se “qualificar o pagamento de empréstimos como “quantia retirada” da sociedade” nos termos do art. 1.059 do CC (DINIZ, 2012, p. 174). Com isso, aplicar-se-á o art. 1.080 do CC, conforme visto no capítulo passado [2.2.2].

Em relação à sociedade anônima, observa-se o art. 201, da LSA, que trata de distribuição de dividendos sem os lucros correspondente, propõe-se equiparar os empréstimos dos sócios a esta distribuição, de forma a impor a responsabilização do parágrafo primeiro¹³ (DINIZ, 2012, p. 175).

Em conclusão, é lícito a transferência de patrimônio do sócio à sociedade, no entanto, deve-se cumprir todas as obrigações com os credores externos antes de pagar o empréstimos dos sócios, independente se em liquidação ou no caso de falência; caso não cumprido, haverá responsabilidade do sócio conforme os artigos mencionados (DINIZ, 2012, p. 174-176 e p. 281-283).

3.2 A subcapitalização material e suas consequências

Vimos no capítulo 2.1.2 a importância do capital social e sua relação com a atividade na configuração da subcapitalização material. Como foi comentado no capítulo em questão, não existe forma objetiva de determinar a necessidade de

¹³ § 1º A distribuição de dividendos com inobservância do disposto neste artigo implica responsabilidade solidária dos administradores e fiscais, que deverão repor à caixa social a importância distribuída, sem prejuízo da ação penal que no caso couber.

capital social. Na legislação pátria não existe positivamente de “qualquer relação ótima entre capital e atividade” (DINIZ, 2012, p. 201).

No entanto, a previsão de capital social possui importância implícita e explícita, sendo relevante para a própria fundamentação da limitação de responsabilidade; servindo como verdadeiro critério de medida da responsabilidade dos sócios (HUBERT, 2012, p. 70). Então, cabe buscar compreender como a subcapitalização material acaba por criar uma “disfunção da limitação de responsabilidade da sociedade determinante do abuso” (DINIZ, 2012, p. 201).

Existem, ainda, problemas na caracterização da subcapitalização, como saber em que momento pode-se considerar a sociedade subcapitalizada. O momento da caracterização é o momento que a sociedade está em evidente desequilíbrio financeiro na balança capital próprio x capital de terceiro; considera-se desequilíbrio financeiro o momento em que a sociedade possui um capital próprio tão baixo que evidente sua insuficiência para fazer jus aos débitos de terceiros e à manutenção de suas necessidades financeiras (DINIZ, 2012, p. 201-202). A subcapitalização importa que a sociedade se sustente em razão do capital de terceiros, de tal forma que “os terceiros credores da sociedade não conseguem satisfazer seus créditos, por conta da transferência dos riscos” (DINIZ, 2012, p. 202).

Como já se suscitou, a própria limitação da responsabilidade subsiste quando existem elementos suficientes para garantia do risco comum à atividade empresária. Ou seja,

[...] usufruir o benefício da limitação de responsabilidade significa atender aos pressupostos econômicos de existência da sociedade, incluindo o fornecimento de garantias de solvabilidade e assumindo os próprios riscos, sem transferi-los a credores, o que caracteriza o abuso da personalidade jurídica (GALGANO, 1977 *apud* DINIZ, 2012, p. 204).

Passa-se a analisar as possíveis consequências da subcapitalização material no direito brasileiro. A primeira constatação é de que não existe previsão explícita da possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica em casos de subcapitalização no art. CC/02. No entanto, conforme toda argumentação acerca da limitação da responsabilidade, trata-se de um caso em que há um desvio da finalidade da norma. Inclusive, a desconsideração da personalidade historicamente

originou-se para coibir atividades que contrariavam a finalidade do dispositivo de limitação da responsabilidade [1.5.1]. No caso de subcapitalização material “desempenhar a atividade societária com capital de terceiros pode ser fator preponderante para a transferência dos riscos para fora da sociedade”, por isso acaba “abusando da personalidade jurídica usada somente para limitar a responsabilidade” (DINIZ, 2012, p. 207-208).

Em conclusão, pode-se aplicar a desconsideração da personalidade jurídica nos casos de subcapitalização material, caracterizando como desvio de finalidade (DINIZ, 2012, p. 209).

3.3 As decisões judiciais no Brasil nos casos de desconsideração da personalidade jurídica envolvendo subcapitalização

Pode-se dizer que a discussão sobre a subcapitalização societária não é algo frequente no judiciário brasileiro; tanto menos seus reflexos em relação à desconsideração da personalidade jurídica. Tal situação pode ter como causa a baixa produção sobre o assunto, principalmente com relação às doutrinas mais tradicionais do Direito Empresarial.

No Tribunal de Santa Catarina (TJSC), a única decisão que encontramos que menciona no corpo do texto a expressão subcapitalização é datada de 2013, e a menção se dá por uma mera citação da doutrina de Calixto Simão Filho – tratamos de sua interpretação no ponto 2.2.1. Tal decisão indica a falta de provas acerca do abuso da personalidade jurídica, por ser insuficiente a mera insolvência do devedor, sem discutir a questão da subcapitalização; conforme vemos:

A desconsideração da personalidade jurídica, com a extensão de determinadas obrigações aos bens particulares dos sócios ou administradores da pessoa jurídica, é autorizada quando ficar evidenciado o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial, não se mostrando suficiente a insolvência do devedor ou a irregular paralisação de suas atividades (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2013.048857-2, de São Bento do Sul, rel. Des. Jânio Machado, Quinta Câmara de Direito Comercial, j. 14-11-2013)¹⁴.

¹⁴ Segue a ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. [...] DEFERIMENTO DO PLEITO DE DESCONSIDERAÇÃO DA

Portanto, vislumbra-se um longo caminho para que a discussão acerca da desconsideração da personalidade jurídica em face da subcapitalização societária tome corpo no sistema judiciário de Santa Catarina, pois praticamente inexistente discussão sobre o tema em nosso Tribunal.

O Superior Tribunal de Justiça, tão pouco possui discussão concreta sobre o tema. Encontramos apenas uma citação esparsa da subcapitalização como fundamento para a desconsideração da personalidade jurídica, mas sem qualquer discussão a partir disso:

A desconsideração da pessoa jurídica é instituto que foi paulatinamente construído pela doutrina e jurisprudência como forma jurídica de enfrentar os problemas decorrentes do reconhecimento de ampla autonomia às personalidades coletivas, especialmente quanto à confusão das esferas jurídicas, a subcapitalização e os prejuízos sofridos por terceiros em virtude de utilização abusiva da personalidade jurídica (STJ - REsp: 1455636 GO 2014/0112551-3, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 19/06/2018, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/06/2018)¹⁵.

PERSONALIDADE JURÍDICA DA EMPRESA DEVEDORA. INTERRUPTÃO IRREGULAR DE SUAS ATIVIDADES (AUSÊNCIA DE REGULAR COMUNICAÇÃO ÀS REPARTIÇÕES OFICIAIS) E INEXISTÊNCIA DE BENS PENHORÁVEIS. DESVIO DE FINALIDADE OU CONFUSÃO PATRIMONIAL QUE NÃO FORAM DEMONSTRADOS. INSUFICIÊNCIA DE PROVA PARA AUTORIZAR A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. ARTIGOS 50 E 1.052 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 E ARTIGO 10 DO DECRETO N. 3.708, de 10.1.1919. INAPLICABILIDADE DO TEOR DA SÚMULA N. 435 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REVOGAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. RECURSO PROVIDO. A desconsideração da personalidade jurídica, com a extensão de determinadas obrigações aos bens particulares dos sócios ou administradores da pessoa jurídica, é autorizada quando ficar evidenciado o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial, não se mostrando suficiente a insolvência do devedor ou a irregular paralisação de suas atividades. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2013.048857-2, de São Bento do Sul, rel. Des. Jânio Machado, Quinta Câmara de Direito Comercial, j. 14-11-2013).

¹⁵ RECURSOS ESPECIAIS. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE NEGÓCIO JURÍDICO. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE DOCUMENTO ESSENCIAL. [...] 5. APRESENTAÇÃO DE CND DE SÓCIA CONTROLADORA. EXIGÊNCIA DECORRENTE DE POSTERIOR DECRETO DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. EXTENSÃO DOS EFEITOS DA FALÊNCIA DA SÓCIA CONTROLADORA. RETROATIVIDADE LIMITADA À EXTENSÃO DOS EFEITOS DA QUEBRA. 6. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. RECURSO ADESIVO PREJUDICADO. [...] 4. A desconsideração da personalidade jurídica para fins de extensão dos efeitos da quebra objetiva ampliar a responsabilização civil dos sócios e empresas de um mesmo grupo empresarial, incluindo no procedimento falimentar o patrimônio existente no momento do decreto de falência e impondo a eles a suspeição decorrente da fixação judicial do termo legal de falência. 5. O levantamento temporário e momentâneo do véu da autonomia empresarial não acarreta alteração dos atos praticados, tampouco resulta na imposição retroativa de requisitos essenciais à validade de atos e negócios concluídos pelas regras vigentes a seu tempo, salvo nas hipóteses de alegada fraude. 6. Recurso especial provido. Recurso adesivo prejudicado. (STJ - REsp: 1455636 GO 2014/0112551-3,

Não encontramos nenhuma outra decisão que versasse de forma mais direta sobre o tema. Portanto, não existe parâmetros fixos sobre o assunto nas instâncias superiores.

Outros casos são citados em outras monografias, de decisões proferidas pelo TJSP e TJRS¹⁶ (TOMAZ, 2017, p. 57-60). No entanto, em todas as decisões se vê o mesmo padrão, a falta de discussão ou a utilização demasiadamente genérica do termo. Inclusive, tais decisões sequer fazem questão de separar confusão patrimonial e desvio de finalidade. Isso dificulta considerar que exista uma verdadeira discussão sobre o tema nos Tribunais do Brasil; apesar de cada vez mais surgirem trabalhos que se dedicam ao tema da subcapitalização em relação com a personalidade jurídica.

Também não há interesse para nós a discussão na seara do direito do consumidor, pois a partir da teoria menor da desconsideração [1.5.3] o mero dano serve como fundamento para a desconsideração (TOMAZ, 2017, p. 63). Portanto, não existem parâmetros judiciais no Brasil para uma adequada análise da desconsideração da personalidade jurídica em face da subcapitalização societária.

Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 19/06/2018, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/06/2018)

¹⁶ Agravo de Instrumento Nº 70006350797, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Ary Vessini de Lima, Julgado em 25/09/2003; e TJSP, Relator (a): Rui Cascaldi; Comarca: Franca; Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 09/06/2015; Data de registro: 11/06/2015

CONCLUSÃO

O Direito societário tem a limitação da responsabilidade como regra geral e importante meio para exercício de atividade empresarial. O princípio da autonomia patrimonial é instrumento de gestão de riscos, realocando o centro de imputação de responsabilidade dos sócios para a sociedade com patrimônio próprio. Por outro lado, o art. 50 do Código Civil prevê possibilidades em que a utilização abusiva da personalidade jurídica importa em desconsideração incidental desta para atingir o patrimônio dos sócios.

O capital social a princípio seria a quantia pela qual seria responsável e suficiente para arcar com as atividades empresariais. Além de vincular os sócios à sua previsão, serve como fundamento para a limitação da responsabilidade e garantia dos credores sociais. No entanto, nossa legislação, em regra, não faz exigência de capital social mínimo, nem sequer prevê algum critério para julgar se o capital social é adequado à atividade ou não. Como a relação de proporcionalidade do capital com a atividade é fundamento da limitação da responsabilidade — justificado pela gestão dos riscos —, passa-se falar em momentos em que o capital social já não é suficiente para arcar os riscos da atividade.

A subcapitalização por sua vez importa em atividade da sociedade que não possui capital próprio, mantendo-se através de financiamento, e conseqüentemente transferindo os riscos de sua própria atividade.

No caso da subcapitalização nominal, o financiamento é feito por sócio da própria sociedade, que busca no caso de insucesso da atividade concorrer com os demais credores sociais na busca pelo retorno de sua contribuição. No caso de falência, pode-se considerar tal situação regulada, visto que o art. 83 da lei de Falência e Recuperação Judicial prevê que esse crédito do sócio é considerado subordinado, colocando-lhe, inclusive, atrás dos créditos quirografários. No caso de liquidação existe uma lacuna legislativa; no entanto, considera-se o princípio da

intangibilidade do capital social para impor restrições aos sócios no que diz respeito a pagamento do seus débitos antes dos demais credores sociais.

Em caso de subcapitalização material, o financiamento é completamente externo, havendo uma grande desproporção entre o capital próprio da empresa, o financiamento externo e a atividade no qual está engajada. Nesse caso, vê-se propriamente a deturpação do princípio da autonomia patrimonial, dado que há completa transferência do risco da sociedade. Neste caso, caracterizado o abuso da personalidade jurídica e correta a desconsideração da personalidade jurídica por desvio de finalidade, conforme o art. 50 do Código Civil.

Ainda ressalta-se a pouca discussão sobre o assunto. Na doutrina a pouca literatura sobre o tema ainda não chegou em um debate mais amplo, não tendo sido tema de monografia de nenhum grande nome do Direito Empresarial. Nos Tribunais o tema é quase nulo e quando mencionado é feito de forma breve ou demasiadamente genérica, sem grandes discussões.

O trabalho se propôs a discutir o problema da subcapitalização e trazer um panorama de como o assunto é tratado no país. Trata-se de um trabalho muito limitado, devido à pouca discussão e parâmetros tanto na doutrina como na jurisprudência. Cumpre continuar as pesquisas sobre o tema para tratar mais especificamente sobre possíveis práticas e modo de aplicação da teoria; em especial abordando o tema das decisões dos administradores e qual a importância disso para a incidência da desconsideração da personalidade jurídica. Espera-se que daqui a alguns anos possa-se ver o debate mais autônomo sobre o tema e seu alcance aumento para chegar com qualidade nas decisões dos Tribunais do país.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

COELHO, Fábio Ulhoa. **Desconsideração da personalidade jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

_____. **Curso de direito comercial, v. 2: direito de empresa**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial: direito de empresa**. 20 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

DINIZ, Gustavo Saad. **Subcapitalização societária: financiamento e responsabilidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

HÜBERT, Ivens Henrique. **O capital social e suas funções na sociedade empresária**. São Paulo, 2007, Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

KOURY, Susy Elizabeth Cavalcante. **A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PAZIM, Ronaldo Zanata. **A desconsideração da personalidade jurídica como um golpe letal ao direito empresarial**. Revista Síntese Direito Empresarial, São Paulo, v.9, n.51, p. 41-45, jul./ago. 2016.

PINTO, Almir Pazzianotto. **Agonia e morte da pessoa jurídica**. Revista Jurídica Consulex Brasília, CONSULEX v.192, jan. 2005, p. 30-31

REQUIÃO, Rubens. **Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 410, 1969. Disponível em: <<https://professorhoffmann.files.wordpress.com/2011/10/requiao-rubens-abuso-de-direito-e-fraude-atravs-da-personalidade-juridica.pdf>>. Acesso em: 02/09/18.

_____. **Curso de direito comercial**. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SALAMA, Bruno Meyerhof, **O fim da responsabilidade limitada no Brasil. História, Direito e Economia**. São Paulo: Malheiros e Fundação Getúlio Vargas, 2014.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**, São Paulo: Cia. das Letras, 2000.

SZTAJN, Rachel. **Terá a personificação das sociedades função econômica?** In: Revista da faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. vol. 100. São Paulo, 2005. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67664/70272>>.

TOMAZ, Marina Rocha. **A subcapitalização societária como fundamento da desconsideração da personalidade jurídica**; Orientadora Ana Frazão. Brasília: UNB, 2017. 60p.

WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. **Responsabilidade dos sócios: a crise da limitação e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

LEGISLAÇÃO

BRASIL. **Lei Federal Nº 556, de 25 de junho de 1850.** Código Comercial. CLB de 1850 T.11, Pág. 57-238, RJ, 25 de junho de 1850. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0556-1850.htm>, acessado em

_____. **Lei Federal nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976.** Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Diário Oficial da União, Poder Executivo. Brasília, DF, dez 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6385.htm>

_____. **Lei Federal nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.** Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Diário Oficial da União, Poder Executivo. Brasília, DF, 17 dez. 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm>

_____. **Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União, Poder Executivo. Brasília, DF, 12. set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>.

_____. **Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Poder Executivo. Brasília, DF, 11. jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>.

_____. **Lei Federal nº 12.441, de 11 de julho de 2011**. Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para permitir a constituição de empresa individual de responsabilidade limitada. Diário Oficial da União, Poder Executivo. Brasília, DF, 11. jul. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12441.htm>

DECISÕES JUDICIAIS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - **REsp: 1455636 GO 2014/0112551-3**, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 19/06/2018, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/06/2018

Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 279273/SP**, Rel. Ministro Ari Pargendler, Relatora para Acórdão Ministra Nancy Andrichi, 3ª Turma, julgado em 04/12/2003, Diário da Justiça de 29/03/2004.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível nº 0036760- 59.2011.8.26.0196**, Relator Des. Rui Cascardi, 1ª Câmara de Direito Privado, julgado em 09/06/2015, Diário da Justiça de 11/06/2015.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento nº 70006350797**, Relator Des. Luiz Ary Vessini de Lima, 10ª Câmara Cível, julgado em 25/09/2003.

_____. Tribunal de Justiça Santa Catarina, **Agravo de Instrumento n. 2013.048857-2**, de São Bento do Sul, rel. Des. Jânio Machado, Quinta Câmara de Direito Comercial, j. 14-11-2013).

UNITED KINGDOM. House of Lords. **Salomon v Salomon & Co Ltd. (1897) AC 22**. Disponível em <http://oxcheps.new.ox.ac.uk/new/casebook/part5_19.php>, acessado em 07 ago. 2018.

